

# Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2013). Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie. *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 68(2-3), 114-129.

## Document status and date:

Published: 01/01/2013

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes: nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie

Merijn Chamon<sup>1</sup>

Assistent en doctoraal onderzoeker aan de vakgroep Europees recht, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence)

## INHOUD

I.	Inleiding	114
II.	De uitvoering van het EU-recht	115
A.	Comitologie: een eerste vorm van meergelaagdheid	115
B.	Europese agentschappen: doorgedreven meergelaagdheid	116
III.	Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes	116
A.	Verzelfstandiging in de nationale rechtsorde	117
B.	Verzelfstandiging in de Europese rechtsorde	118
C.	Verzelfstandiging in de meergelaagde rechtsorde	120
IV.	Een uitdaging van meergelaagde verzelfstandiging: effectieve rechtsbescherming en nationale procesautonomie	121
A.	Effectieve rechtsbescherming in de rechtspraak van het Hof: een verantwoordelijkheid van de nationale rechter?	122
B.	Nieuwe uitdagingen door de tendens van verzelfstandiging	123
C.	Limieten van de nationale procesautonomie	125
V.	Naar een Europese algemene wet bestuursrecht?	127
VI.	Conclusie	129

## I. Inleiding

1. Op een congres met het thema 'de meergelaagdheid van het publiek recht' lijkt het onvermijdelijk in te gaan op de verhouding tussen het nationale en het EU-recht. Inderdaad, 'meergelaagdheid' lijkt zelf inherent te zijn aan het DNA van de Europese constructie, zoals ook werd opgemerkt door een strekking in de politieke studie van de Europese integratie, die de EU beschouwen als een vorm van *multi-level governance*.<sup>2</sup> De bekendste vorm van meergelaagdheid in het Europese recht is ongetwijfeld het rechtsinstrument van de richtlijn. De richtlijn wordt aangenomen door de Europese wetgever en bevat verplichtingen geadresseerd aan de lidstaten die deze binnen een vastgelegde termijn dienen om te zetten in nationaal recht. Hoewel deze bijdrage zal handelen over meer-

gelaagdheid van de uitvoerende macht, zet het voorbeeld van de richtlijn wel het belang van de meerdere lagen in de Europese rechtsordes en vooral dan de goede wisselwerking ertussen in de verf. Het nuttige effect van het merendeel van het Europese recht valt of staat met een goede samenwerking tussen verschillende actoren (wetgevende macht, uitvoerende macht, rechterlijke macht en belanghebbenden) op verschillende niveaus (Europees, nationaal, subnationaal). Als zodanig kunnen bijvoorbeeld particulieren zich immers niet op richtlijnen beroepen in relatie tot andere particulieren, maar hangen ze af van de juiste omzetting ervan door de nationale overheden.<sup>3</sup> Bijkomend relevant is dat Europese wetgeving (o.a. deze richtlijnen) op alsmear meer rechtsgebieden die ook de modale burger rechtstreeks aanbelangen vastgesteld wordt, van milieuwetgeving over consumentenbescherming tot familierecht.

2. Met het aannemen van deze wetgeving rijst meteen ook de vraag wie instaat voor de uitvoering ervan en hoe die uitvoering geschiedt. Het is dan ook de meergelaagdheid in de uitvoering van het Europese recht die in deze bijdrage centraal staat. De resulterende constructie van meergelaagde administratie (*multi-level administration*) waarbij nationale en Europese actoren dienen samen te werken in vormen van gezamenlijke administratie (*shared administration*), kan redelijk complex zijn, maar wordt vanuit Europees perspectief beheerst door de beginselen van attributie van bevoegdheden en subsidiariteit. Het eerste beginsel schrijft voor dat de EU enkel die bevoegdheden kan uitoefenen die haar zijn toebedeeld in de verdragen. Het subsidiariteitsbeginsel schrijft dan voor wanneer deze toebedeelde bevoegdheden ook daadwerkelijk uitgeoefend kunnen worden, waarbij de EU zich van actie onthoudt tenzij de lidstaten de voorgestelde beleidsdoelstelling niet zelf kunnen realiseren.

1. Graag wens ik de reviewers te danken voor hun nuttige opmerkingen. De gebruikelijke disclaimer is van toepassing.

2. Voor het eerst aldus beschreven door Marks, zie G. MARKS, "Structural Policy in the European Community" in SBRAGIA (ed.), *Euro-Politics, Institutions and Policymaking in the "New" European Community*, Washington, Brookings Institution, 1992, 221-224.

3. Voor een recent verfijnd beeld van de problematiek van horizontale directe werking van richtlijnen zie H. DE WAELE, "De doorwerking van Europese internemarktregels in de nationale rechtsorde" in Govaere (ed.), *Europees recht: moderne interne markt voor de praktijkjurist*, XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delsa, Mechelen, Wolters, 2012, 245-284.

3. Het concrete uitgangspunt van deze bijdrage is de relatief recente dubbele tendens van verzelfstandiging binnen de Europese Unie. Daarbij kan verzelfstandiging gedefinieerd worden als “het toevertrouwen van de behartiging van een overheidstaak aan van de kern-administratie onderscheiden entiteiten die deze taak uitvoeren met een zekere mate van autonomie ten opzichte van de politiek gemandateerde organen”.<sup>4</sup> Zo worden op Europees niveau steeds meer verzelfstandigde agentschappen opgericht en promoot de Europese wetgever ook verzelfstandiging in de nationale rechtsordes. Gezamenlijke administratie is dan niet meer louter een kwestie van een samenwerking tussen de traditionele administraties op Europees en nationaal niveau, maar omvat ook samenwerking tussen verzelfstandigde entiteiten uit verschillende rechtsordes die zo gezamenlijk verantwoordelijkheid verkrijgen voor de handhaving van het Europese recht in een bepaalde sector. Deze evolutie van een verzelfstandiging van het bestuur speelt zich evenwel af zonder een duidelijk kader hieromtrent, noch op nationaal noch op Europees niveau. Dit gebrek aan kader resulteert in een resem uitdagingen. In deze bijdrage zal daarbij specifiek ingegaan worden op het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de rechtspraak van het Hof en de nationale procesautonomie die traditioneel beschermd is onder het EU-recht, maar door vormen van gezamenlijke administratie algemeen en het proces van verzelfstandiging in het bijzonder verder onder druk komt te staan. In het licht van deze uitdagingen, die geenszins beperkt zijn tot de waarborging van effectieve rechtsbescherming, wordt de mogelijkheid tot een grotere harmonisatie door de Europese wetgever van het nationaal bestuursrecht geëxploreerd.

## II. De uitvoering van het EU-recht

4. De twee algemene beginselen hierboven reeds aangehaald, dienen ook in het achterhoofd gehouden te worden doorheen deze bijdrage. Wanneer we de EU gemakshalve vergelijken met een federale staat, zonder in het debat omtrent de aard van de EU positie in te nemen, valt op hoe zij voor wat betreft de uitvoering van haar recht op Duitse leest geschoeid is, geïnspireerd door het subsidiariteitsbeginsel. Dit is geheel verschillend met wat in de Belgische federatie gangbaar is, i.e. de federale overheid en de overheden van de deelstaten die elk hun eigen administraties hebben om hun wetgeving uit te voeren.<sup>5</sup> Artikel 83 van het

Duitse *Grundgesetz* legt neer dat de *Länder* in de regel de verantwoordelijkheid krijgen om niet enkel hun eigen wetgeving, maar ook die van de *Bund* uit te voeren. Eenzelfde regeling vinden we terug op EU-niveau, zij het dat dit niet meteen een bewuste keuze is geweest. De EU was van oorsprong<sup>6</sup> en is nog steeds een bescheiden organisatie inzake personele en financiële middelen. Aanvankelijk waren het aantal beleidsdomeinen waarop de EU actief was ook beperkt, net als de eigenlijke Europese wetgeving. Europees beleid was ook zelden ‘nieuw beleid’, maar diende om belemmeringen af te schaffen (bv. douanerechten, importquota) of bestaand beleid te coördineren (bv. sociale zekerheid). Voor het uitvoeren van deze op Europees niveau afgesproken regels, waren de nationale administraties bijgevolg de meest aangewezen actoren en bestond er geen nood om de Europese Commissie uit te bouwen tot een volwaardige bureaucratie. De uitvoering van het Europese recht door de nationale administraties wordt ook ‘indirecte administratie’ genoemd.<sup>7</sup>

### A. Comitologie: een eerste vorm van meerge-laagdheid

5. Dit lag enigszins anders voor nieuwe beleidsdomeinen zoals het ambitieuze landbouwbeleid van de EU dat in de jaren 60 werd uitgewerkt. De uitdaging betrof hier niet het afschaffen van belemmeringen of het coördineren van nationaal beleid, maar het opzetten van een uniform Europees beleid. Hiervoor kon niet zonder meer gesteund worden op de nationale administraties, maar diende het beleid in voldoende detail te worden uitgewerkt op EU-niveau. Dit veronderstelde evenwel de nodige expertise op EU-niveau die er, gelet op de beperkte middelen van de Commissie, niet was. De oplossing bestond erin om de Commissie te laten bijstaan door adviescomités samengesteld uit experts uit de nationale administraties. Het zogenaamde comitologiesysteem zag als dusdanig in de jaren 60 in het kader van het landbouwbeleid het levenslicht en werd in de daaropvolgende jaren en decennia uitgebreid tot andere sectoren. Het werd ook verder gedifferentieerd door de introductie van verschillende types adviesprocedures en constitutioneel verankerd door het inschrijven van een rechtsgrond in de verdragen en de daaropvolgende aanneming van de comitologiebesluiten,<sup>8</sup> na het Verdrag van Lissabon

4. S. DE SOMER, “Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator”, *TBP* 2012, p. 4, 217.

5. Al moet opgemerkt worden dat de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten ook de gemeenten en provincies kunnen belasten met taken in medebewind.

6. De auteur is zich ervan bewust dat de EU pas formeel werd opgericht in 1993 met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht, maar om redenen van leesbaarheid zal in deze bijdrage het etiket ‘EU’ ook gebezigd worden om de Europese integratie in het kader van de EG en EG sinds 1958 aan te duiden.

7. Voor een bespreking van dit onderscheid, zie J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 25-37.

8. Voor een bespreking van het tweede comitologiebesluit van 1999 zie K. LENAERTS en A. VERHOEVEN, “Comitologie en scheiding der machten. Enige kanttekeningen bij het raadsbesluit van 28 juni 1999”, (1999) 47 *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 11, p. 394-413. Voor een bespreking van de wijziging van het besluit in 2006, zie M. VAN DER PLAS, “Rol Europees Parlement fors toegenomen door nieuw Comitologiebesluit”, (2006) 54 *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 11, p. 410-418.

vervangen door de comitologieverordening.<sup>9</sup>

6. Het comitologiesysteem brengt aldus nationale ambtenaren als experts samen om het Europese beleid uit te werken, dat ze dan later in hun capaciteit van nationale ambtenaren op het terrein toepassen. Comitologie was bijgevolg een eerste complexe verschijningsvorm van meergelaagdheid in de uitvoering van het EU-recht. Het Verdrag van Lissabon heeft de comitologie meer zichtbaar gemaakt, aangezien de handelingen die vroeger onder deze obscure procedures werden vastgesteld nu formeel worden aangeduid als gedelegeerde of implementeringshandelingen (respectievelijk onder artikels 290 en 291 VWEU). Daarmee werd hun belang ook veel zichtbaarder. Deze uitvoering van het Europese recht door de Commissie (soms ook door de Raad, cf. artikel 291 VWEU) wordt 'directe administratie' genoemd.

7. Het mag duidelijk zijn dat de comitologie een heel interessante vorm van meergelaagdheid van de uitvoerende macht in Europa is. Nationale ambtenaren worden ingeschakeld binnen de EU en komen zo in contact met hun collega's uit andere lidstaten. Hoewel zij formeel nationale ambtenaren blijven, werd geopperd dat zij in deze nieuwe setting ook gesocialiseerd kunnen worden als Europese beleidsmakers.<sup>10</sup> Een obstakel hiervoor evenwel is dat de verschillende comités niet noodzakelijk permanente structuren zijn of frequent samenkomen wat de intensiteit van de interactie negatief beïnvloedt.

## B. Europese agentschappen: doorgedreven meergelaagdheid

8. Hierboven werd reeds opgemerkt dat de EU op alsmaar meer en diversere beleidsdomeinen actief is. Dit is een proces dat werd gestart met de inwerkingtreding van de Europese akte in 1987. Tegelijkertijd met het Europa 1992 programma werd ook duidelijk dat het comitologiesysteem op zich niet volstond om de alsmaar uitbreidende Europese regelgeving adequaat uit te voeren in de gehele unie. De nog altijd relatief 'losse' samenwerking tussen nationale administraties en de Commissie volstond niet om een werkelijk *level-playing-field* binnen de Interne Markt te creëren.<sup>11</sup> Hiervoor is een intensere samenwerking en interactie tussen de administraties van de lidstaten en het Europese niveau noodzakelijk. In de traditionele dichotomie die bestaat in de EU tussen directe (via de Commissie of Raad) en indirecte (via de lidstaten) adminis-

tratie zou dit inhouden dat de rol van de Commissie versterkt wordt ten nadele van de nationale administraties. Een dergelijke versterking veronderstelt echter ook dat de lidstaten extra middelen vrijmaken voor de EU, wat voor hen een dubbel verlies zou betekenen: minder beleidsvrijheid en grotere bijdragen aan de EU. Het compromis werd gevonden in de oprichting van Europese agentschappen: permanente organen onder EU-recht, waarvan de raden van bestuur echter hoofdzakelijk samengesteld zijn uit vertegenwoordigers van de lidstaten. Kortom: een meer intergouvernementele institutionele setting dan deze van de Commissie.

9. Deze Europese agentschappen worden door de EU-instellingen ietwat misleidend 'gedecentraliseerde agentschappen' genoemd.<sup>12</sup> In elk geval kunnen Europese agentschappen gedefinieerd worden als permanente EU-publiekrechtelijke organen met eigen rechtspersoonlijkheid die opgericht zijn door de EU-wetgever onder secundair recht. De resulterende groep organen is nog altijd zeer divers en heeft geenszins allen dezelfde intense interactie met nationale instanties, maar voor de meesten geldt dat zij de administratieve capaciteit van de EU versterken om een uniforme toepassing van het EU recht in de lidstaten te helpen verzekeren. Daarbij moet opgemerkt worden dat deze tendens tot verzelfstandiging op het Europese niveau recenter is dan in de lidstaten en dat de Europese agentschappen ook niet dezelfde brede bevoegdheden werden toebedeeld als een aantal nationale verzelfstandigde entiteiten.

## III. Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes

10. De Europese en nationale agentschappen of instanties maken deel uit van de zogenaamde *multi-level governance*: de regulering van (economisch) gedrag geschiedt vandaag de dag immers meer en meer door interactie tussen de internationale, Europese en nationale rechtsordes. Hoewel het internationaalrechtelijke aspect buiten het opzet van deze bijdrage valt, blijft een van de pijnpunten van *multi-level governance* ook relevant wanneer enkel de laatste twee niveaus in beschouwing worden genomen. Zo creëren multi-level actoren normen die *de iure* of *de facto* gevolgen hebben voor staten en particulieren.<sup>13</sup> Hierbij rijst de vraag of deze processen wel aan voldoende controle onderworpen zijn. Twee onderliggende pro-

9. Voor een bespreking zie M. CHAMON, "De nieuwe regels voor 'comitologie' na het Verdrag van Lissabon", (2011) 17 *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, p. 127-137.

10. Zie o.a. C. JOERGES en J. NEYER, "From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology", (1997) 3 *European Law Journal* 3, p. 291-292.

11. Voor zover nodig wordt hier opgemerkt dat het bestaan van zo een level-playing-field niet enkel afhangt van de gemeenschappelijke wetgeving (op EU-niveau) maar ook van de uitvoering van deze wetgeving, waarbij de uniforme toepassing van deze laatste een heikel punt is als ze afhangt van (vandaag) minstens 27 verschillende administraties.

12. Zie de 'Common Approach on EU decentralised agencies', door de Europese instellingen op 12 juni 2012 gesloten.

13. R. WESSEL en J. WOUTERS, "The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres" in WOUTERS, WESSEL en FOLLESDAL, *Multilevel Regulation and the EU: the Interplay between Global, European, and National Normative Processes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 12.

blemen kunnen hier ontwaard worden. Enerzijds is het internationaal rechtssysteem nog steeds gebaseerd op de achterhaalde fictie van juridisch autonome nationale rechtsordes die in beginsel exclusief bevoegd zijn om normen te creëren, implementeren en af te dwingen.<sup>14</sup> Anderzijds ziet men zowel in de EU als in de nationale lidstaten dat de bevoegdheidstoedeling aan verzelfstandigde entiteiten problematisch is in de interne rechtsorde. Beide problemen volgen ook uit de toenemende spanning tussen de realiteit van een groeiende globale interdependentie en de traditionele structuren en beginselen inzake uitoefening van openbaar gezag.

### A. Verzelfstandiging in de nationale rechtsorde

**11.** Hoewel verzelfstandiging geenszins een recent fenomeen is in de nationale rechtsorde, kan niet gezegd worden dat het ook onomstreden is. Uiteraard bestaat er vandaag de dag een functionele noodzaak tot verzelfstandiging van een aantal overheidstaken, maar terzelfder tijd moet worden opgemerkt dat een doorgedreven verzelfstandiging moeilijk te verzoenen is met het grondwettelijke recht. Daar waar artikel 9 BWHI nog voorziet dat de gemeenschappen en gewesten gedecentraliseerde diensten kunnen oprichten, legt artikel 37 van de Grondwet het beginsel van de eenheid van de verordenende macht neer<sup>15</sup>, enigszins verwant met de veel intenser bedebatteerde *theory of unitary executive* in de Verenigde Staten<sup>16</sup>, of het idee van de *Einheit der Verwaltung* in het Duitse staatsrecht.<sup>17</sup>

**12.** In haar advies op het wetsontwerp voor de oprichting van het BIPT stelde de afdeling wetgeving van de Raad van State een en ander als volgt: "*de grondwettelijke beginselen van bevoegdheidsopdracht [...] impliceren dat bevoegdheden in principe niet kunnen worden overgedragen aan personen over wier activiteiten de publieke overheid geen zeggenschap heeft. In zoverre prerogatieven van administratieve overheden opgedragen worden aan instellingen die niet rechtstreeks door de uitvoerende macht bestuurd worden, moet de uitvoerende macht op deze instellingen voldoende controle kunnen uitoefenen om voor de wetgevende kamers de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen*".<sup>18</sup> De afdeling wetgeving erkende dat de intensiteit van de controle die door de

uitvoerende macht uitgeoefend wordt, kan variëren, maar merkte op: "[w]anneer het erom gaat op individuele gevallen een nauwkeurige regelgeving toe te passen, die slechts weinig discretionaire bevoegdheid overlaat aan de instelling, kan de controlebevoegdheid van de uitvoerende macht worden beperkt. Wanneer daarentegen de uitoefening van de bevoegdheden die aan die instelling worden toevertrouwd, opportunistische keuzes inhoudt, moet die overheid, die niet politiek verantwoordelijk is, onderworpen worden aan strengere controle vanwege de Regering".<sup>19</sup> Dit advies schaarde zich in een reeks eerdere adviezen waarin de Raad van State zich kante tegen de tendens van verzelfstandiging.<sup>20</sup> Uit deze adviezen concludeerde MUYLLE dat de Raad van State een delegatie van verordeningsbevoegdheid aan een orgaan zonder politieke verantwoording bestaanbaar acht indien voldaan is aan vier voorwaarden: (i) de vastgestelde verordeningen dienen goedgekeurd te worden door de Koning (als uitvoerende macht), (ii) de delegatie heeft een beperkte draagwijdte, (iii) de delegatie betreft detailmaatregelen, (iv) de delegatie mag geen afbreuk doen aan de prerogatieven van de Koning (als uitvoerende macht).<sup>21</sup>

**13.** In haar toelichting bij het arrest nr. 130/2010 wijst DE SOMER erop dat het Grondwettelijk Hof de voorgaande overwegingen van de Raad genegeerd heeft bij zijn beoordeling of de bevoegdheden van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) wel conformeren aan artikelen 33 en 37 van de Grondwet.<sup>22</sup> Volgens het Hof stelt er zich geen probleem onder artikel 37 van de Grondwet aangezien de Raad van State een volwaardige jurisdictionele toetsing uitoefent. Voorts is het Hof ook van mening dat de budgettaire bevoegdheid van het Parlement t.a.v. de CREG en de mogelijkheid die het Parlement heeft om de Regering te interpellieren omtrent de activiteiten van een orgaan waarover die laatste eigenlijk geen controle heeft, toch resulteren in een volwaardige parlementaire controle.<sup>23</sup> Het Hof merkt verder op dat in zoverre voorgaand argument niet zou volstaan, moet opgemerkt worden dat de werking en bevoegdheden van het CREG voortvloeien uit een verplichting onder het Europese recht die, in het licht van artikel 34 van de Grondwet, de betwiste bepalingen ook verantwoordt. SLAUTSKY merkt terecht op dat dit geen bijkomend argument is, maar wel integendeel de voor-

14. *Ibid.*, 31.

15. K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk Delegatieverbod en het Unierecht: Welke Democratisch Verkozen Beraadslagende Vergadering" in ALEN en THEUNIS (eds.), *De Europese Dimensie in het Belgische Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 324-325.

16. Zie bv. D. GINSBURG en S. MENASHI, "Nondelegation and the Unitary Executive", (2010) 12 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2, 251-276.

17. Zie J. IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Köln, Heymanns, 2001, 86-88.

18. AdvRvS bij voorontwerp van wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1937/1, 60.

19. *Ibid.*, 62.

20. Voor een uitgebreid overzicht, zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 380-383.

21. K. MUYLLE in ALEN en THEUNIS (eds.), o.c., 325-326.

22. S. DE SOMER, *TBP*, o.c., p. 228.

23. Zie overwegingen B.6.2 en B.7.

gaande redenering tegensprekt en overbodig maakt.<sup>24</sup> Het invoeren van de voorrang van het Europese recht houdt immers enkel steek in geval van een conflict met een nationale norm, terwijl het Hof reeds had geconcludeerd dat er geen sprake was van een schending van artikelen 33 en 37 van de Grondwet.

**14.** Hier moet opgemerkt worden dat de Afdeling Wetgeving van de Raad van State deze recente rechtspraak van het Hof wel lijkt te volgen. In haar advies omtrent het voorontwerp tot wijziging van de wet met betrekking tot het statuut van het BIPT, past de Raad de overwegingen van het Hof in arrest 130/2010 naar analogie toe. De Raad is echter ook kritisch m.b.t. de twee sporen die het Hof ontwikkelde en merkt op dat *"het niet mogelijk [is] om op basis van de beslissing van het Grondwettelijk Hof [...] met zekerheid uit te maken of de argumenten [...] ontleend aan het Europese recht, ten overvloede worden gegeven dan wel of ze echte voorwaarden zijn voor de grondwettelijkheid van de ontstentenis van een hiërarchische bevoegdheid ten aanzien van en van toezicht op onafhankelijke administratieve overheden"*.<sup>25</sup> Verder merkt de Raad op dat het ook niet duidelijk is *"of de lering van arrest nr. 130/2010 geldt voor alle handelingen van onafhankelijke administratieve overheden – de verordenende en de individuele handelingen –, dan wel of ze enkel geldt voor de individuele handelingen"*.<sup>26</sup>

**15.** De voorrang van het EU-recht als ultieme troefkaart werd minder omwonden aangewend in het arrest nr. 97/2011 van het Grondwettelijk Hof.<sup>27</sup> In die zaak werd de nietigheid gevorderd van de wet van 15 december 2009 die een eerder aangenomen, maar door het Hof van Beroep te Brussel vernietigd, koninklijk besluit retroactief bekrachtigde. De nietigheid van de kwestieuze bepaling inzake tarieven werd gevorderd op grond van de schending van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, het rechtzekerheidsbeginsel en het gezag van rechterlijk gewijsde. De CREG wierp daarentegen een strijdigheid met het EU recht op, die het Hof eerst ambtshalve onderzocht. De tarieven in kwestie waren voorgesteld door de CREG, maar voor hun formele aanneming ook gewijzigd door de bevoegde minister, terwijl de relevante Europese richtlijn voorschreef dat de inmenging van de Regering in het bepalen van de tarieven beperkt diende te worden tot het aanvaarden of verwerpen (maar dus niet amenderen) van de tarieven zoals opgesteld door de regelgevende instantie (in België de CREG).<sup>28</sup> Het Hof volgde de CREG hierin en stelde dat de strijdig-

heid van het koninklijk besluit met het afgeleid Europees recht niet kon toegedeekt worden door de wetgevende bekrachtiging van het besluit. Hierdoor hoefde het Hof ook niet meer in te gaan op de eigenlijke opgeworpen middelen van de eisers.

**16.** Verzelfstandiging en delegatie van verordenende bevoegdheden is in de nationale rechtsorde dus zeker niet onomstreden<sup>29</sup>, maar in geval deze verzelfstandiging aangestuurd wordt vanuit de Europese Unie beoogt het Grondwettelijk Hof een grote terughoudendheid ten aanzien van het (secundaire) Europese recht in die mate dat het Hof overwegingen met betrekking tot de scheiding der machten en democratische verantwoording volledig lijkt te negeren. Het spreekt voor zich dat met deze kritische bemerking niet gepleit wordt voor een nationalistische rechtspraak van het Hof, tegen het EU-recht in, of het afdwingen van een scheiding der machten naar de letter van de Grondwet. Wat wel enigszins in vraag gesteld wordt, is of het Hof, niettegenstaande de voorrang van het Europese recht, de tendens van verzelfstandiging in de nationale rechtsorde niet adequater kan omkaderen. Onder de huidige rechtspraak lijken de grenzen aan verzelfstandiging immers volledig exogeen aan de nationale rechtsorde te zijn, *i.e.* deze te zijn die de Europese wetgever schetst.

## B. Verzelfstandiging in de Europese rechtsorde

**17.** Uit de rol die het Europese secundaire recht speelt in de tendens van verzelfstandiging in de nationale rechtsorde zou afgeleid kunnen worden dat verzelfstandiging in de Europese rechtsorde ongecontesteerd is, wat evenwel niet het geval is. Net als de Belgische Grondwet, m.u.v. de intercommunales, voorzien de Europese verdragen niet in de principiële mogelijkheid tot verzelfstandiging. Daarbij kan in de eerste plaats de vraag gesteld worden welk doel verzelfstandiging op het Europese niveau überhaupt zou kunnen spelen. Zoals opgemerkt valt er geen administratie op EU-niveau te bespeuren zoals wij deze kennen in de nationale rechtsordes. In de termen van de hierboven uiteengezette definitie van verzelfstandiging<sup>30</sup>: de taken die aan Europese agentschappen worden toevertrouwd vinden zelden hun oorsprong in de kernadmi-

24. E. SLAUTSKY, "Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes, Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et du Conseil d'Etat du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557", (2012) *Administration Publique* 1, p. 112.

25. Adv.RvS bij voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-22, nr. 2143/1, 185.

26. *Ibid.*, 188.

27. GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, 85 10 augustus 2011 (uittreksel).

28. Merk op dat deze door het Europese recht opgelegde vereiste 'de prerogatieven van de Koning' aantast en bijgevolg niet conform is met de rechtspraak van de Raad van State, door Myllye aangehaald, zie voetnoot 21.

29. Om evidente reden werd hier enkel stilgestaan bij verzelfstandiging in de Belgische nationale rechtsorde. Voor een bespreking van de situatie in Frankrijk en Duitsland, zie E. SCHMIDT-ALTMANN en S. DRAGON, "Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen: Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen", (2007) 67 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2, p. 443-451.

30. Zie randnummer 12.

nistratie van de EU (zijnde de Commissie).<sup>31</sup> Dit is ook de reden waarom het kenmerken van de agentschappen als 'gedecentraliseerde entiteiten', zoals de EU-instellingen doen<sup>32</sup>, misleidend is.<sup>33</sup> Doorgaans vinden de bevoegdheden van de agentschappen hun oorsprong immers bij de nationale administraties of nationale verzelfstandigde entiteiten.<sup>34</sup> In die zin is de tendens van verzelfstandiging op EU-niveau eigenlijk een vorm van administratieve integratie, waarbij nationale administraties en agentschappen formeel actoren worden op EU-niveau, binnen een EU-agentschap.

**18.** Verder moet opgemerkt worden dat o.a. de dubieuze positie die de EU-agentschappen hebben onder de EU-verdragen, ertoe geleid heeft dat de bevoegdheden die de Europese wetgever heeft toevertrouwd aan de EU-agentschappen eerder mager ogen, indien we deze vergelijken met de bevoegdheden die de nationale wetgevers (al dan niet bij de omzetting van EU-richtlijnen) hebben toebedeeld aan nationale agentschappen. Een EU-agentschap met verordenende bevoegdheid bestaat bijvoorbeeld niet.<sup>35</sup> Wel bestaan er agentschappen die wetgeving in individuele gevallen toepassen en agentschappen die *soft law* uitvaardigen met mogelijk *de facto* algemeen bindende werking. Echter ook op EU-niveau worden de grenzen van agentificatie verder opgezocht, voorlopig culminerend in de oprichting van de Europese Financiële Autoriteiten (EFA's).<sup>36</sup> Daarbij valt op te merken dat recent ook in andere 'gevoelige' economische sectoren, zoals de energie- en telecomsectoren, Europese agentschappen werden opgericht.<sup>37</sup>

**19.** Bovenal problematisch daarbij is dat de eigenlijke grenzen aan dit proces niet duidelijk zijn, gelet op het stilzwijgen van de verdragen op dit punt. De rechtsleer zoekt bijgevolg houvast in de relatief beperkte rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot delegatie van bevoegdheden binnen de EU.<sup>38</sup> Daarbij wordt in de eerste plaats gerefereerd naar een arrest uit 1958, gewezen onder het EGKS-Verdrag, en in

mindere mate naar een arrest uit 1981 onder het EEG-Verdrag. In het 'Meroni-arrest'<sup>39</sup> uit 1958 was o.a. de vraag aan de orde of de Hoge Autoriteit (de voorloper van de Commissie) het beheer en uitvoeren van het prijsvereeningsstelsel voor schroot uit derde landen kon uitbesteden aan twee coöperatieven opgericht onder Belgisch recht.<sup>40</sup> Nadat het Hof had vastgesteld dat er inderdaad sprake was van een delegatie van bevoegdheden,<sup>41</sup> ging het over tot de vraag of het EGKS-Verdrag een dergelijke delegatie toeliet. *In casu* was de beschikking van de Hoge Autoriteit gebaseerd op artikel 53 b) van het verdrag dat voorschreef dat de Hoge Autoriteit een financieel mechanisme kon opzetten om de doelstellingen uit artikel 3 van het verdrag te verwezenlijken. Dit bleek het grote struikelblok voor het Hof, aangezien artikel 3 EGKS acht verschillende doelstellingen van algemene aard oplijstte, die niet allemaal gelijktijdig konden worden gerealiseerd.<sup>42</sup> Het bereiken van een compromis tussen deze doelstellingen in specifiek beleid veronderstelde, volgens het Hof, de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Het Hof plaatste de delegatie van discretionaire bevoegdheden tegenover die van strikt uitvoerende bevoegdheden en merkte voor wat betreft de eerste op dat deze inhoudt dat "*de bevoegdheid tot keuzebepaling van het delegerende gezag aan het andere gezag wordt overgedragen* [en dus] *een werkelijke overdracht van verantwoordelijkheid* [betekent]".<sup>43</sup> Het Hof gaf hiermee inderdaad uiting aan eenzelfde bezorgdheid als de Raad van State in het advies m.b.t. het wetsontwerp ter oprichting van het BIPT.<sup>44</sup> Het Hof vervolgde: "[w]ordt een *discretionaire bevoegdheid overgedragen aan andere gezagsorganen dan die welke krachtens het verdrag tot de uitoefening daarvan en het toezicht daarop zijn geroepen dan betekent zulks een inbreuk op* [de waarborg die het evenwicht der bevoegdheden tussen de instellingen uitmaakt ten gunste van private ondernemingen]".<sup>45</sup> Tegelijkertijd werd de delegatie van bevoegdheden ook niet volledig uitgesloten, gelet op het onderscheid dat het Hof maakte tussen discretionaire en niet-dis-

31. Dit is wel zo voor de zgn. 'uitvoerende agentschappen' door de Commissie opgericht onder Verordening 58/2003. Echter, aangezien deze organen niet permanent zijn, maken zij een andere categorie van entiteiten uit dan de Europese agentschappen die het onderwerp vormen van deze bijdrage en die door de EU-instellingen als regelgevende of gedecentraliseerde agentschappen worden aangemerkt.

32. Zie de Common Approach on EU Decentralised Agencies, *supra* noot 12.

33. C. SCOTT, "Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach" in GERARDIN, PETIT en MUÑOZ (eds.), *Regulation through Agencies in the EU*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 70-71.

34. R. DEHOUSSE, "Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance" in JOERGES en DEHOUSSE (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 221.

35. S. GRILLER en A. ORATOR, "Everything under control? The 'way forward' for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine", (2010) 35 *European Law Review* 1, p. 14. Met de oprichting van agentschappen zoals het ACER en de financiële autoriteiten, met *de facto* maar niet *de iure* regelgevende bevoegdheden lijkt deze stap echter niet ver weg. Een en ander zal afhangen van de uitspraak van het Hof in de zaak C-270/12, zie voetnoot 47.

36. SCHAMMO beschouwt de bevoegdheidstoebedeling aan de EFA's als conform aan de verdragen, zie P. SCHAMMO, *EU prospectus law: new perspectives on regulatory competition in securities markets*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 44. Voor een eerder tegengestelde visie, zie M. CHAMON, "EU agencies between 'Meroni' and 'Romano' or the devil and the deep blue sea", (2011) 48 *Common Market Law Review* 4, p. 1068-1070.

37. Zo werden in 2009 ook het ACER (Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators) en het BEREC (Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie) en BEREC Office opgericht.

38. Meer specifiek de rechtspraak m.b.t. delegatie van bevoegdheden aan 'verdragsvreemde' entiteiten.

39. Zaak 9/56, *Meroni & C., Industrie Metallurgiche, Società per Azioni t. Hoge Autoriteit*, Jur. 1958, 11.

40. Zie *Bijlage bij het Belgisch Staatsblad*, 18-19 mei 1953, nr. 11164 & 11165.

41. Hoewel het Hof vele elementen vond in de beschikking van de Hoge Autoriteit die de delegatiepiste uitsloten, gaf de repliek van de Hoge Autoriteit zelf de doorslag aangezien deze daarin stelde dat zij de gegevens zoals verstrekt en de besluiten genomen door de Brusselse instellingen zelf niet in vraag stelde. Zie *Meroni*, 38-41.

42. *Meroni*, 44.

43. *Meroni*, 45.

44. Zie randnummer 12.

45. *Meroni*, 46.

cretionaire bevoegdheden. Delegatie van de laatste categorie was toegestaan gelet op de mogelijkheid om de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden te toetsen aan objectieve, door het delegerende gezag vastgestelde, criteria.

**20.** Deze opening, door het Hof gelaten, wordt in de rechtsleer aangegrepen om zowel de conformiteit van agentificatie aan het primaire recht als de grenzen aan dit proces te duiden. Dit argument is evenwel geenszins evident, niet enkel omwille van de context waarin agentschappen vandaag functioneren en die sterk verschillend is van de context in 1958, maar ook omwille van de alsmaar verregaandere bevoegdheidsoverdracht aan agentschappen.<sup>46</sup>

**21.** In 1981 nam het Hof van Justitie een nog striktere positie in ten aanzien van de bevoegdheidsdelegatie. In *Romano*<sup>47</sup> was een delegatie door de Raad aan een orgaan opgericht onder secundair recht aan de orde. Problematisch daarbij was dat er onder de toenmalige verdragen geen rechtsmiddelen voorzien waren om op te treden tegen het handelen van zo een orgaan. Bovendien schrijft het verdrag ook nu nog voor dat de Raad, in geval tot delegatie besloten wordt, bevoegdheden aan de Commissie (en dus niet aan een andere entiteit) moet delegeren. Op grond van deze twee overwegingen oordeelde het Hof dat de Raad het orgaan in kwestie niet kon machtigen om 'normatieve besluiten' vast te stellen. Daarbij maakte het Hof evenwel niet duidelijk of het enkel een verordenende bevoegdheid viseerde of zoals uit de Engelstalige tekst volgt de bevoegdheid om "[all] acts having the force of Law" vast te stellen. De overwegingen waarop het Hof steunde, pleitten inderdaad voor de tweede visie, maar dit zou verregaande gevolgen hebben voor de huidige agentificatie. Niet enkel de delegatie van een verordenende bevoegdheid wordt immers uitgesloten, maar ook de bevoegdheid tot het nemen van (bindende) beslissingen in individuele gevallen, een bevoegdheid die reeds is toegekend aan meerdere Europese agentschappen.<sup>48</sup>

**22.** Niettegenstaande deze rechtspraak heeft de Europese wetgever, vooral sinds de jaren negentig, sterk ingezet op 'verzelfstandiging' op het EU-niveau hoewel de opeenvolgende verdragswijzigingen ook geen

kader hebben geschapen voor verdere agentificatie.<sup>49</sup> De mogelijkheid die het Verdrag van Lissabon heeft gecreëerd om in rechte op te treden tegen de agentschappen kan niet verhullen dat de *Romano* rechtspraak nog steeds geldt voor wat betreft de principiële mogelijkheid om bevoegdheden toe te bedelen aan agentschappen. Bij gebrek aan een raamwerk in het primaire recht heeft de Commissie gepoogd een en ander vast te leggen middels secundair recht<sup>50</sup>, wat evenwel op verzet binnen de Raad is gestuit. Door dit verzet werd de ambitie om tot een bindend horizontaal instrument te komen afgezwakt tot een niet-bindende Common Approach on Decentralised Agencies. In juni 2012 bereikten de Commissie, Raad en het Parlement hierover overeenstemming.<sup>51</sup> De Common Approach adresseert echter niet het grondwettelijke vraagstuk van agentificatie en is niet meer dan een intentieverklaring. De inhoud van de Common Approach is ook behoorlijk mager en is hoofdzakelijk een codificatie van de institutionele praktijk zoals die gegroeid is bij de opeenvolgende oprichtingen van agentschappen. Het valt bovendien af te wachten hoe de Common Approach in de toekomst verder zal uitgediept en toegepast worden.

## C. Verzelfstandiging in de meergelaagde rechtsorde

**23.** Welk beeld krijgen we indien we de tendensen van verzelfstandiging op het nationale en Europese niveau combineren? Hoewel verzelfstandiging (in de nationale rechtsorde) de EU predateert, kan heden niet ontkend worden dat het fenomeen een sterke Europese dimensie heeft en zeker deels aangestuurd wordt door de Europese wetgever. Deze Europese wetgeving treedt niet in details m.b.t. de bevoegdheden van nationale verzelfstandigde autoriteiten, maar hier merken LAVRIJSEN en OTTOW op dat dit secundaire EU-recht door het Hof van Justitie ook teleologisch zodanig wordt geïnterpreteerd dat deze autoriteiten toch discretionaire bevoegdheden toekomen onder het EU-recht.<sup>52</sup> Echter zowel op EU-niveau als op nationaal niveau wordt de tendens nauwelijks omkaderd. Hoewel de Europese agentschappen, door hun vooralsnog beperkte bevoegdheden, niet kunnen omschreven worden als een *headless fourth branch of govern-*

46. Voor een kritiek, zie M. CHAMON, "EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?", (2010) 17 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* p. 285-305. Een aantal auteurs lijkt ook de relevantie van Meroni voor de huidige agentschappen te verwerpen. Zie DEHOUSSE geciteerd in voetnoot 34. Hier moet echter opgemerkt worden dat deze vraag niet zwart-wit kan beantwoord worden. Zo verwees het Hof in Meroni ook naar de regel *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* en het beginsel dat een delegatie niet vermoed kan worden, maar expliciet moet voorzien zijn. Het spreekt voor zich dat deze twee regels gelden in elke rechtsstaat. Meroni kan dus niet volledig verworpen worden voor de huidige agentschappen.

47. Zaak 98/80, *Giuseppe Romano t. Rijksinstituut Voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering*, Jur. 1981, 1241.

48. Mogelijks brengt het Hof in de komende maanden (eindelijk) verduidelijking over de vragen in welke mate Meroni en Romano de bevoegdheidsoverdracht aan de huidige EU-agentschappen beheersen. Het Verenigd Koninkrijk heeft immers, steunend op Meroni en Romano, de vernietiging van artikel 28 van Verordening (EU) 236/2012 dat een delegatie aan de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA) inhoudt, gevorderd op grond van artikel 263 VWEU in zaak C-270/12, zie Ph. 2012 C 273/3.

49. H. HOFMANN, "Seven Challenges for EU Administrative Law", (2009) 2 *Review of European Administrative Law* p. 46-47.

50. Zie Europese Commissie, Ontwerp Interinstitutioneel Akkoord betreffende een kader voor Europese regelgevende agentschappen, COM 2005, 59 def.

51. Voor de tekst van de gezamenlijke verklaring en de Common Approach, zie [http://europa.eu/agencies/documents/joint\\_statement\\_and\\_common\\_approach\\_2012\\_en.pdf](http://europa.eu/agencies/documents/joint_statement_and_common_approach_2012_en.pdf).

52. S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in BESSELINK, PENNINGEN en PRECHAL (eds.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2010, 85-88 en de aldaar geciteerde rechtspraak.



ment,<sup>53</sup> zoals de federale agentschappen in de VS soms genoemd worden, verandert dit wanneer we de situatie aanschouwen vanuit het perspectief van multi-level governance. De algemene Europese tendens tot verzelfstandiging (in beide rechtsordes) kan dan immers leiden tot een verzelfstandigde meergelaagde entiteit, die gecombineerd wel over aanzienlijke bevoegdheden beschikt en zich uit als een vorm van gezamenlijke administratie.<sup>54</sup> Bij wijze van voorbeeld in de energiesector: de verplichting in het Europese recht om verzelfstandigde energieregulators op te richten en de recente oprichting van het Europees Energieagentschap (waaraan ook verregaande bevoegdheden zijn toebedeeld) creëert een meergelaagde organisatie van energieregulators die zowel op Europees niveau als op nationaal niveau sterk geïsoleerd zijn van de uitvoerende en wetgevende macht en die met elkaar dienen samen te werken om het Europese beleid inzake een Interne Energiemarkt te verwezenlijken.<sup>55</sup>

**24.** Door het ontbreken van een raamwerk voor verzelfstandiging ziet men eveneens, en dit vooral op Europees niveau, een grote terughoudendheid van de wetgever om verregaande bevoegdheden aan verzelfstandigde entiteiten te delegeren. Het gevolg hiervan is dat de Europese agentschappen *de iure* geen regelgevende bevoegdheden hebben en hun hoogstens de bevoegdheid werd gegeven om *soft law* aan te nemen, wat evenwel niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid gezien deze *soft law* wel *de facto* bindend kan werken.<sup>56</sup> Een goed voorbeeld van deze *soft law* is de adviezen, certificeringsspecificaties en richtsnoeren voorzien in artikel 19 van de verordening tot oprichting van het Europees Luchtvaartveiligheidsagentschap (EASA).<sup>57</sup> De adviezen zijn *soft law* handelingen die het agentschap opmaakt voor de Commissie in het kader van nieuwe wetgeving of uitvoeringshandelingen op het gebied van luchtvaartveiligheid. Hoewel ze de Commissie niet binden (en een wetgevingsvoorstel gebaseerd op zo'n advies ook niet bindend is) is er *de facto* weinig marge voor de Commissie om van

de EASA handeling af te wijken aangezien de experten van de materie zich juist binnen de EASA bevinden. De certificeringsspecificaties en richtsnoeren dienen als *guidance material* in het certificeringsproces. Economische operatoren kunnen deze *soft law* negeren, maar het is wel de EASA die hun producten onderzoekt vooraleer ze (eventueel) te certificeren. Voor een ander voorbeeld kan gekeken worden naar het ACER dat verschillende *soft law* bevoegdheden heeft, waarbij het de uiteindelijk bindende besluiten sterk kan beïnvloeden. Zo heeft het ACER een belangrijke rol in de netcodes die de Commissie vaststelt.<sup>58</sup> Het ACER geeft hiervoor 'kaderrichtsnoeren' aan de netwerken van transmissiesysteembeheerders voor elektriciteit en gas (ENTSB-E en ENTSB-G) die in hun adviezen aan de Commissie deze kaderrichtsnoeren moeten respecteren. Bij gebrek aan adviezen van de ENTSB's, geeft het ACER rechtsreeks adviezen aan de Commissie m.b.t. tot de netcodes. Eenmaal vastgesteld reguleren deze codes de verhoudingen tussen markspelers en netwerkbeheerders op de interne markten voor elektriciteit en gas. Door de invloed van deze *soft law* op de uiteindelijke *hard law* worden sommige Europese agentschappen ook wel als quasiregelgevend gekwalificeerd.<sup>59</sup>

#### IV. Een uitdaging van meergelaagde verzelfstandiging: effectieve rechtsbescherming en nationale procesautonomie

**25.** Het behoeft weinig verbeelding dat het gegeven dat deze tendens van verzelfstandiging geschiedt zonder een duidelijk juridisch kader een aantal vragen opwerpt. Daarbij moet opgemerkt worden dat de gezamenlijke administratie sowieso reeds een aantal uitdagingen stelt, inzake democratische, politieke en juridische verantwoording, transparantie en goed bestuur. De tendens van dubbele verzelfstandiging stelt deze uitdagingen op scherp. In de hiernavolgende

53. D. FISCHER-APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft: eine Studie zu Rechtsproblemen, Legitimation und Kontrolle europäischer Agenturen mit interdisziplinären und rechtsvergleichenden Bezügen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 500-501; D. CURTIN en R. DEHOUSSE, "European Union agencies: tipping the balance?" in BUSUIOC, GROENLEER en TRONDAL (eds.), *The agency phenomenon in the European Union*, Manchester, Manchester University Press, 2012, 196-197.

54. Naar het bekende Engelstalige 'shared administration'. Dit begrip werd geïntroduceerd door het Comité van onafhankelijke deskundigen naar aanleiding van het wanbeheer onder de Santer Commissie en als volgt omschreven: "[een vorm van administratie waarbij] de Commissie en de lidstaten verschillende administratieve taken hebben die onderling van elkaar afhankelijk zijn en wettelijk zijn vastgelegd, en waar zowel de Commissie als de lidstaten overheden hun respectieve taken ten uitvoer moeten leggen om te komen tot een succesvolle tenuitvoerlegging van het communautaire beleid". Zie Comité van onafhankelijke experten, Tweede Verslag over de Hervorming van de Commissie: Analyse van de huidige praktijken en voorstellen voor het aanpakken van wanbeheer, onregelmatigheden en fraude, <http://www.europarl.europa.eu/experts/pdf/rep2-1nl.pdf>, 69-70. Rekening houdend met de tendens van verzelfstandiging op Europees niveau kan de verwijzing naar de Commissie vandaag breed geïnterpreteerd worden als een verwijzing naar de Commissie of andere instellingen of organen in de Europese administratie.

55. Andere sectoren waarin Europese wetgeving de lidstaten tot verzelfstandiging heeft bewogen en waar (intussen) een Europees agentschap is opgericht zijn o.a. deze van de financiële regulering, telecommunicatie, spoorwegen, enz.

56. D. RIEDEL, "The European Aviation Safety Agency and the Independent Agencies of the EC: a systematic analysis" in JANSEN en SCHÖNDORF-HAUBOLD (eds.), *The European composite administration*, Cambridge, Intersentia, 2011, 159.

57. Verordening (EG) 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart, houdende intrekking van Richtlijn 91/670/EEG, Verordening (EG) nr. 1592/2002 en Richtlijn 2004/36/EG, Pb. 2008 L 79/1.

58. Zie artikelen 6 van Verordening (EG) 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003, Pb. 2009 L 211/15 en Verordening (EG) 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van Verordening 1775/2005, Pb. 2009 L 211/36.

59. T. TRIMIDAS, "Community Agencies, Competition Law, and ECSR Initiatives on Securities Clearing and Settlement", (2009) 28 *Yearbook of European law*, p. 235-236.

sectie wordt de aandacht gevestigd op het effect van deze verzelfstandiging in een meergelaagde administratie op het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Volgens het Hof van Justitie ligt dit beginsel ten grondslag aan het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten van de Unie gemeen hebben.<sup>60</sup> Het beginsel is dan ook bevestigd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de status van primair recht heeft verkregen. Hier zij eraan herinnerd dat het Handvest niet enkel van toepassing is op de instellingen en organen van de Unie, maar ingevolge artikel 51 (1) ook op de lidstaten "wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen". Het 'ten uitvoer brengen' dient daarbij, conform de rechtspraak van het Hof, breed geïnterpreteerd te worden als die gevallen waarin de lidstaten optreden binnen het toepassingsgebied van het EU-recht.<sup>61</sup>

#### A. Effectieve rechtsbescherming in de rechtspraak van het Hof: een verantwoordelijkheid van de nationale rechter?

26. De vraag die hier vervolgens rijst, is welk effect uitgaat van de tendens van verzelfstandiging op het stelsel van rechterlijke bescherming zoals dat in de verdragen is vastgelegd en door het Hof werd uitgewerkt voor de gedeelde en geïntegreerde rechtsorde van de EU.<sup>62</sup> De regel van indirecte administratie van het Europese recht, geïnspireerd door het beginsel van subsidiariteit, heeft daarbij als gevolg dat rechtsbescherming voor de particulier in kwesties m.b.t. Europees recht in de eerste plaats dient verzekerd te worden op nationaal niveau. Het Hof van Justitie neemt verder de positie in dat in die gevallen waarin een particulier geen rechtstreekse toegang tot de Europese rechter heeft, de nationale rechter een verplichting heeft bijkomende rechterlijke bescherming te bieden. Zo oordeelde het Hof in 'Unión de Pequeños Agricultores' dat de toenmalige Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap was waarbij het verdrag een "volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures" instelde, zonder evenwel een onbeperkte rechtstreekse toegang voor particulieren te voorzien. In die gevallen (waarin de particulier geen rechtstreekse toegang heeft) rust er een verplichting op de lidstaten om te "voorzien in een stelsel van rechtsmiddelen en procedures dat de eerbiediging van het recht op een daadwerkelijke rechtsbescherming kan verzekeren".<sup>63</sup> In *Segi* oordeelde het Hof "dat het aan de lidstaten en met name aan de nationale rechters staat om de nationale regels van procesrecht betreffende het instellen

van beroepen aldus uit te leggen en toe te passen dat natuurlijke en rechtspersonen in rechte kunnen opkomen tegen iedere beschikking of enigerlei andere nationale maatregel waarbij een handeling van de Europese Unie ten aanzien van hen nader wordt uitgewerkt of wordt toegepast, en vergoeding kunnen vorderen van de schade die zij in voorkomend geval hebben geleden".<sup>64</sup>

27. Een en ander volgde nog duidelijker uit *Borelli*, waar verzoeker de beslissing van de Commissie aanvocht om hem steun onder de structuurfondsen te weigeren. In de aanvraagprocedure voor deze steun is een belangrijke rol weggelegd voor de betrokken lidstaat die een positieve aanbeveling moet formuleren vooraleer de Commissie steun kan toekennen. Verzoeker wierp *in casu* op dat de nationale aanbeveling aangetast was door onregelmatigheden. Net zoals het geval is in het Unierecht (en ook het Belgische recht) voorziet het Italiaanse recht geen mogelijkheid om een 'voorbereidende handeling' aan te vechten, waardoor *Borelli* zich genoodzaakt zag een procedure tegen de eindbeslissing van de Commissie te starten. Het Hof oordeelde evenwel dat de vordering onontvankelijk was aangezien *Borelli* niet het besluit van de Commissie, maar wel de nationale aanbeveling viseerde en merkte verder op dat "[h]et derhalve aan de nationale rechterlijke instanties [staat] om zich [...] uit te spreken over de wettigheid van de betrokken nationale handeling, en wel onder dezelfde voorwaarden als gelden bij elk definitief besluit van dezelfde nationale autoriteit dat voor derden bezwarend kan zijn, en zij dienen het daartoe ingestelde beroep derhalve als onontvankelijk te beschouwen, ook indien het nationale procesrecht niet in een dergelijk geval voorziet".<sup>65</sup>

28. *Borelli* is een goede illustratie van de uitdagingen die een *multi-level administration* stelt aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Zo is het vaste rechtspraak van het Hof en Gerecht dat een handeling die tot stand komt na een uit verscheidene fasen bestaande procedure, in beginsel slechts voor beroep vatbaar is wanneer deze de procedure afrondt.<sup>66</sup> In *Borelli* vormde dit een probleem aangezien de procedure niet enkel bestond uit verschillende fases, maar de procedure ook een samenwerking inhield van nationale en Europese actoren. De grens aan de toetsingsbevoegdheid van Hof (en Gerecht), waarbij deze geen nationale handelingen kunnen toetsen, kwam daarbij niet overeen met de aard van de bestreden handeling. De meergelaagde procedure is een organisch geheel dat omwille van de beperkte bevoegdheid van het Hof

60. Zaak 222/84, *Marguerite Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Jur. 1986, 1651, ro. 18.

61. P. VAN ELSUWEGE, A. VAN BOSSUYT en P. DEVISSCHER, "Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, implicaties voor de nationale rechtsorde", (2010) 47 *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2, p. 536-537.

62. Zie J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 241.

63. Zaak C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad van de Europese Unie*, Jur. 2002, I-6677, ro. 38-41.

64. Zaak C-355/04 P, *Segi e.a. t. Raad van de Europese Unie*, Jur. 2007, I-1657, ro. 56.

65. Zaak C-97/91, *Oleificio Borelli SpA t. Commissie*, Jur. 1992, I-6313, ro. 13. (eigen nadruk). Zie verder J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, o.c., 245-246.

66. Zie o.a. Zaak T-277/94, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) t. Commissie*, Jur. 1996, II-351, ro. 51.

(en Gerecht) evenwel artificieel werd opgedeeld. Het tweede probleem volgde dan uit deze opdeling aangezien de nationale aanbeveling niet op zichzelf stond, maar door de Italiaanse rechter wel zo beoordeeld moest worden. Dit terwijl het, naar analogie, vaste rechtspraak van het Hof (en Gerecht) is dat voor procedures onder artikel 263 VWEU enkel handelingen kunnen aangevochten worden die bindende rechtsgevolgen, die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanzienlijk wijzigen, in het leven roepen.<sup>67</sup>

**29.** Ter vrijwaring van het beginsel van een effectieve rechtsbescherming eist het Hof van Justitie, gelet op de rigiditeit van het Europese procesrecht, een grotere flexibiliteit van het nationale procesrecht o.a. in gevallen van *multi-level administration*. Voor het Hof lijkt daarmee de kous af, maar of dit ook zo is voor de rechtzoekende is een andere vraag. De nationale rechter moet de geëiste flexibiliteit immers ook (kunnen) verlenen.

**30.** Een specifiek en gekend voorbeeld van *multi-level administration* is het Europese mededingingsbeleid. Op Europees niveau is niet een agentschap maar wel de Commissie voor dit beleid verantwoordelijk<sup>68</sup>, terwijl Verordening 1/2003 wel voorschrijft dat elke lidstaat een verzelfstandigde entiteit moet oprichten om toezicht te houden in die lidstaat.<sup>69</sup> Dezelfde verordening richt ook een netwerk op waarbinnen de Commissie en de nationale autoriteiten samenwerken (het European Competition Network of ECN). Deze toepassing van het netwerkmodel dat we ook bij de Europese agentschappen terugvinden<sup>70</sup>, doet vragen rijzen over de samenwerking tussen nationale autoriteiten m.b.t. het verzamelen, uitwisselen en gebruiken van informatie. Zo stelt REICHELT dat de verordening en de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale autoriteiten<sup>71</sup> er niet aan in de weg staat dat informatie die verkregen werd in strijd met (nationale) procedurele voorschriften, door de nationale autoriteit toch wordt uitgewisseld.<sup>72</sup> De mededeling van de Commissie voorziet in paragraaf 27 inderdaad expliciet dat "[d]e vraag of de informatie op rechtmatige wijze was verzameld door de toezendende autoriteit, wordt geregeld op grond van de voor die autoriteit geldende wetgeving. Bij de toezending van informatie kan de toezendende autoriteit

de ontvangende autoriteit meedelen of de vergaring van informatie werd betwist of nog zou kunnen worden betwist". Ook KIST stelde zich voorafgaand aan de aanname van Verordening 1/2003 reeds de vraag in hoeverre een nationale mededingingsautoriteit gebruik zou kunnen maken van bewijsmateriaal, verkregen door een autoriteit van een andere lidstaat op grond van onderzoeksbevoegdheden die de eerste autoriteit zelf niet heeft.<sup>73</sup> Wils merkte op dat de structuur en het functioneren van het ECN niet in strijd lijken met het EVRM en Handvest, maar dat er desalniettemin problemen kunnen ontstaan wanneer een lidstaat meer genereuze procedurele waarborgen voorziet en de autoriteit van deze lidstaat gebruik maakt van informatie verzameld door de autoriteit van een lidstaat met laxere procedurele waarborgen (die echter nog altijd voldoen aan de eisen onder het EVRM en het Handvest).<sup>74</sup> Aangezien er in het mededingingsbeleid geen sprake is van een verzelfstandigingstendens op twee niveaus wordt hier verder niet op ingegaan. Het functioneren van het ECN, een van de meest vergaande samenwerkingsvormen tussen nationale autoriteiten onder het EU-recht, illustreert wel opnieuw de potentiële problemen van een meergelaagde administratie.

## B. Nieuwe uitdagingen door de tendens van verzelfstandiging

**31.** De dubbele tendens van verzelfstandiging creëert dus een tweede dimensie aan de problematiek van rechtsbescherming in de meergelaagde administratie. Regelgeving wordt niet zomaar uitgevoerd door een meergelaagde administratie, maar wordt bovendien uitgevoerd door verzelfstandigde entiteiten, die autonoom van de kernadministratie opereren in de respectieve lagen. Inzake delegatie van bevoegdheden binnen de EU uitte het Hof van Justitie reeds bij aanvang zijn bezorgdheid omtrent de gevolgen voor een effectieve rechtsbescherming (*cf. supra*). Hoewel hier niet verder kan op ingegaan worden bracht het Verdrag van Lissabon enige verbetering, maar blijven een aantal kwesties nog altijd onopgelost.<sup>75</sup> Europees aangedreven verzelfstandiging doet ook vraagstukken m.b.t. rechterlijke bescherming in de nationale rechtsorde rijzen. Net als het Hof schuift de Europese wetgever deze kwesties door naar de nationale rechtsordes en beperkt hij zich in de wetgeving tot algemene bepalin-

67. Zie o.a. Zaak T-541/93, *James Connaughton, Thomas Fitzsimons and Patrick Griffin t. Raad van de Europese Unie*, *Jur.* 1997, II-549, ro. 30.

68. Wel werd reeds vroeg gesuggereerd om deze bevoegdheid te delegeren aan een Europees agentschap, voor één van de eerste suggesties, zie K. HOLDERBAUM, "Chancen für eine europäische Kartellbehörde", (1967) 2 *Europarecht* 2, p. 116-133.

69. Zie artikel 35 van Verordening (EG) 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003 L 1/1.

70. A. DE MOOR-VAN VUGT, "Netwerken en de europeanisering van het toezicht", (2011) 54 *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 3, p. 94-102.

71. Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *Pb.* 2004 C 101/43.

72. D. REICHELT, "To what extent does the co-operation within the European Competition Network protect the rights of undertakings?", (2005) 42 *Common Market Law Review* 3, p. 751.

73. A. W. KIST, "Exchange of Information: Scope and Limits Seen from the Perspective of Competition Authorities", (2002) 2002 *EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, <http://www.eu-ri.eu/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompKist.pdf>, 12.

74. Wouter Wils, "The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU", (2002) 2002 *EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, <http://www.eu-ri.eu/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompWils.pdf>, 26 & 33.

75. Zie H. HOFMANN en A. MORINI, "Constitutional aspects of the pluralisation of the EU executive through 'agencification'", (2012) 37 *European Law Review* 4, p. 438-440.

gen waarin de lidstaten worden opgedragen om rechterlijke toetsing van handelingen van verzelfstandigde entiteiten mogelijk te maken.<sup>76</sup> In de nationale rechtsorde doet dit bijvoorbeeld vragen rijzen m.b.t. de jurisdictie van de administratieve rechter over het handelen van verzelfstandigde entiteiten<sup>77</sup>, en of de bevoegde rechter beschikt over een volle rechtsmacht.<sup>78</sup>

**32.** Zoals boven opgemerkt schrijft het Europese recht verder voor dat de nationale verzelfstandigde entiteiten onderling dienen samen te werken, en in die gevallen waarin ook een Europees agentschap werd opgericht, wordt aan deze laatste de bevoegdheid gegeven deze samenwerking te faciliteren, bevorderen en coördineren.<sup>79</sup> De verordeningen van de Financiële Autoriteiten gaan hier voorlopig het verst in. Niet alleen schrijven deze een samenwerking tussen de nationale en de Europese autoriteiten voor, artikel 28 van de verordeningen voorziet tevens expliciet in de mogelijkheid om bevoegdheden tussen de nationale autoriteiten onderling (of naar de Europese autoriteit) te delegeren. Daar waar Richtlijnen 2009/72 en 2009/73 m.b.t. de interne markt voor elektriciteit en gas bepalen dat de nationale instanties "*het recht [hebben] om met elkaar regelingen aan te gaan ter bevordering van samenwerking op het gebied van regulering*" bepalen de EFA Verordeningen dat de nationale instanties overeenkomsten moeten sluiten indien ze een samenwerking onder artikel 28 aangaan. Deze overeenkomsten worden genotifieerd aan de Europese Autoriteit. Belangrijk bij de delegatie is daarbij dat "[h]et recht van de gedelegeerde autoriteit van toepassing [is] op de procedure, de handhaving en de administratieve en gerechtelijke toetsing van de gedelegeerde verantwoordelijkheden". Afhankelijk van de betrokken nationale autoriteiten kan zo een bevoegdheidsoverdracht dus belangrijke gevolgen hebben voor de financiële

instelling waarop toezicht wordt uitgeoefend.

**33.** Voortbouwend op het voorbeeld van het toezicht op de financiële markten kan hier een parallel getrokken worden met de problematiek m.b.t. het European Competition Network.<sup>80</sup> Net als mededingingsautoriteiten hebben de toezichthouders voor de financiële markten ook onderzoeksbevoegdheden die echter (kunnen) verschillen van lidstaat tot lidstaat. Zo hebben nationale autoriteiten doorgaans de bevoegdheid verkregen om personen op te roepen en te verhoren, maar legt de Franse *Code monétaire et financière* bijvoorbeeld minder minimumvereisten op aan de AMF dan de Belgische wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten oplegt aan de FSMA.<sup>81</sup> Een ander probleem is de toepassing van het *non bis in idem* beginsel. Naast de administratieve sancties die de toezichthouders kunnen opleggen worden in nationale wetgeving ook strafrechtelijke sancties voor bepaalde praktijken voorzien (bv. handel met voorkennis). TATON merkt op dat de FSMA, daarin bevestigd door de Belgische wetgever en het Hof van Cassatie in deze materie afwijkt van de rechtspraak van het EHRM.<sup>82</sup> In Frankrijk daarentegen heeft het Conseil Constitutionnel het opleggen van een pecuniaire administratieve sanctie, door de telecomregulator, tezamen met een strafrechtelijke sanctie in strijd met het beginsel geacht.<sup>83</sup> Hier weze opgemerkt dat het Handvest van de Grondrechten, dat nu primairrechtelijke status heeft<sup>84</sup>, het beginsel ook heeft opgenomen in artikel 50. Als laatste voorbeeld kan verwezen worden naar de beroepsprocedure tegen geldelijke sancties opgelegd door de financiële toezichthouders. Zo voorziet de Nederlandse wet financieel toezicht: "[i]ndien tegen een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete [...] beroep wordt aangetekend, schorst dit de verplichting tot betaling van de boete

76. Zie bv. artikel 6 (3) van Verordening (EU) 445/2011 van de Commissie betreffende een systeem voor de certificering van met het onderhoud van goederenwagens belaste entiteiten dat voorschrijft dat de lidstaten de "*nodige maatregelen [nemen] om te waarborgen dat de besluiten van de certificeringsinstantie [die ECM certificaten uitdeelt] voor rechterlijke toetsing openstaan*"; artikel 26 van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten, schrijft voor dat lidstaten ervoor zorgen "*dat tegen besluiten die worden genomen uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die overeenkomstig [de] richtlijn zijn vastgesteld, beroep openstaat bij de rechter*"; artikel 4 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten voorziet: "*De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die elektronische communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, bezit de nodige deskundigheid om zijn taken effectief te kunnen uitvoeren. De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op voldoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is*".

77. In België heeft de wetgever deze bevoegdheid (gedeeltelijk) weggehaald bij de Raad van State en toevertrouwd aan het Hof van Beroep te Brussel. Verder stelt de vraag naar jurisdictie van de Raad van State zich wanneer verzelfstandiging geschiedt via private rechtsvormen, iets waar het Europees recht vaak geen positie over inneemt, maar evenmin uitsluit. Zo hangt deze bevoegdheid af van de al dan niet kwalificatie als 'administratieve overheid'. Voor een overzicht van deze problematiek zie S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", (2012) 2011-12 *Rechtskundig Weekblad* 37, p. 1614-1639.

78. VERHEVEN merkt op dat de in voetnoot 6 geciteerde bepaling uit Richtlijn 2002/21 "*de bevoegdheid (veronderstelt) om alle rechtsvragen en feitelijke elementen die worden voorgelegd in het geschil te onderzoeken maar impliceert niet noodzakelijkerwijs een herbeoordelingsbevoegdheid*". Zie I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip 'volle rechtsmacht'? het contentieux van de economische regulatoren" in CABOOR, DEBIÈVRE, LAENEN, MUYLLE, VERHEVEN en WIRTGEN (eds.), *Actualia Publiekrecht: Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 34.

79. Zie bv. de opgedragen samenwerking tussen nationale energieregulators onder artikel 38 van Richtlijn 2009/72 en artikel 42 van Richtlijn 2009/73.

80. Zie randnummer 30.

81. Vergelijk artikelen L621-9 tot en met L621-12 en met name L621-10 van de *Code* met artikelen 78-79 van de Wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

82. X. TATON, "Les nouvelles procédures de sanctions devant la FSMA et la BNB", (2012) *Droit bancaire et financier – Bank- en Financieel Recht* 2, p. 103-5.

83. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, ART, r.o. 15. Lambert merkt evenwel op dat "*cette déclaration de principe est restée lettre morte*" zie T. LAMBERT, *Les sanctions administratives fiscales: aspects de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2006, 194. Desalniettemin doet deze rechtspraak toch twijfel ontstaan over de oorspronkelijke rechtspraak van de Conseil constitutionnel die een cumul van beide sancties als bestaanbaar hield, zie P. GÉLARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, Tome II, 94.

84. Zie randnummer 25.

totdat [...] op het beroep is beslist".<sup>85</sup> Onder de Franse *Code monétaire et financière* hangt de al dan niet schorsende werking van een beroep tegen de administratieve sanctie af van de bevoegde rechter. Deze is ofwel de Conseil d'état (sancties opgelegd aan professionele marktdeelnemers) of het Cour d'appel te Parijs (sancties opgelegd aan overige personen). Wat betreft deze laatste schrijft artikel L.612-30 van de Code het volgende voor: "*Ces recours n'ont pas d'effet suspensif sauf si la juridiction en décide autrement. Dans ce cas, la juridiction saisie peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision contestée si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives*". Voor de Conseil gelden de regels van de Code de justice administrative, meer bepaald artikel L521-1, dat voorschrijft dat de rechter "*peut ordonner la suspension de l'exécution de [la] décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision*". Artikel 121, § 6 van de wet toezicht op de financiële sector voorziet in de opschortende werking van een beroep tegen de beslissing van het FSMA om een boete of dwangsom op te leggen. Overige beroepen hebben geen opschortende werking hoewel het Hof "*de opschorting [kan] bevelen van de uitvoering van de beslissing van de FSMA als de aanvrager ernstige middelen invoert die de herziening van de beslissing kunnen rechtvaardigen en als de onmiddellijke uitvoering ervan een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen*". De mogelijkheid tot horizontale bevoegdheidsoverdracht tussen nationale autoriteiten zet nu deze verschillen op scherp, aangezien een marktdeelnemer niet bij voorbaat zekerheid heeft met welke autoriteit (en welk nationaal recht) hij geconfronteerd zal worden.

**34.** Meergelaagde verzelfstandiging brengt de uitdagingen van een meergelaagde administratie en deze van verzelfstandiging samen en zet het pluralisme binnen het Europese bestuursrecht (*i.e.* de verschillen in het nationaal recht) in de verf. Zodoende kan deze evolutie bijkomende impulsen geven aan het debat omtrent de noodzaak van een *algemene wet bestuursrecht* op Europees niveau en daarbij het opgeven van de traditionele terughoudendheid vanuit het Europese

recht jegens de nationale procesautonomie.

### C. Limieten van de nationale procesautonomie

**35.** Het Hof van Justitie bevestigde dit beginsel van nationale procedurele autonomie in *Rewe*<sup>86</sup>, hetwelk als regel, geïnspireerd door het subsidiariteitsbeginsel<sup>87</sup>, neerlegt dat het nationale procesrecht van toepassing is bij het afdwingen van EU-recht, gegeven dat de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid gerespecteerd worden. Laatste beginselen houden in dat de nationale procesregels het niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken aan particulieren om rechten die zij aan het Europese recht ontleen te doen gelden en dat deze procesregels niet minder gunstig mogen zijn dan deze die gelden voor gelijksoortige nationale vorderingen.<sup>88</sup> Slechts indien nationale procesregels de afdwinging van het Europese recht verhinderen dienden zij buiten toepassing gelaten te worden.<sup>89</sup> Aanvankelijk toonde het Hof een grote eerbied voor de nationale procesautonomie en spoorde het de Europese wetgever aan om tot enige harmonisatie over te gaan. Bij het uitblijven daarvan ontwikkelde het Hof een meer proactieve rechtspraak waardoor het zich echter ook kwetsbaarder opstelde voor kritiek.<sup>90</sup> Na zaken zoals *Enmott*<sup>91</sup>, *Factortame*<sup>92</sup> en *Francovich*<sup>93</sup> nam het Hof gas terug en neigde het opnieuw meer naar zijn traditionele rechtspraak.<sup>94</sup> Sinds kort lijkt de slingerbeweging echter terug de andere kant op te gaan.

**36.** Zo merkt VAN CLEYNENBREUGEL op dat de traditionele negatieve vereisten die het Hof oplegde aan de nationale rechtsordes recentelijk gecomplementeerd werden door positieve procedurele vereisten. In bepaalde gevallen is het louter niet-toepassen van nationale procedureregels immers geen adequate oplossing en zag het Hof zich genoodzaakt om deze regels te *herwerken*.<sup>95</sup> Zo oordeelde het Hof in de Belgische *VEBIC*-zaak dat niettegenstaande het beginsel van procedurele autonomie, het nuttige effect van het Europese mededingingsrecht verlangt dat nationale mededingingsautoriteiten kunnen deelnemen aan de procedure waarbij hun beslissingen worden aangevochten, hoewel artikel 75 van de Wet tot bescherming van de

85. Zie artikel 1:85 Wft. Op te merken valt overigens dat de Wft de rechtbank te Rotterdam aanwijst als bevoegde rechtbank en dat tegen diens uitspraken hoger beroep kan ingesteld worden voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zie artikel 20 *inuncto* bijlage van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Het Hof van Beroep te Brussel daarentegen zetelt in eerste en laatste aanleg. Zie J. CERFONTAINE, "Verhaalmiddelen tegen Beslissing van de Financiële Toezicht-houders (Nationale Bank van België en FSMA)" in Instituut Financieel Recht (ed.), *Financiële Regulering in de Kering*, Antwerpen Intersentia, 2012, 634.

86. Zaak 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentral AG t. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Jur. 1976, 1989.

87. A. ARNULL, "The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?", (2011) 36 *European Law Review* 1, p. 52.

88. Zaak C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL t. Administración del Estado*, Jur. 2010, I-635, ro. 31.

89. P. VAN CLEYNENBREUGEL, "Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework", (2012) 37 *European Law Review* 1, p. 90. Het bestaan van de verschillen in beroepstermijnen als gevolg van verschillen in het nationale procesrecht werd bijvoorbeeld niet als per se strijdig met het EU-recht beschouwd. Verwijzend naar het hierboven aangehaalde financiële toezicht binnen de EU kan gewezen worden op de verschillende termijnen om beroep in te stellen tegen een besluit van de toezichthouder. Tegen besluiten van de Belgische FSMA is dit 15 (of 30) dagen, tegen besluiten van de Nederlandse AFM is dit zes weken en tegen besluiten van de Franse AMF is dit twee maanden, hoewel zij alle drie (grotendeels) Europees recht toepassen.

90. A. ARNULL, *European Law Review*, o.c., 52-53.

91. Zaak C-208/90, *Theresa Emmott t. Minister for Social Welfare and Attorney General*, Jur. 1991, I-4269.

92. Zaak C-213/89, *The Queen t. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, Jur. 1990, I-2433.

93. Gevoegde Zaken C-6/90 & C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifazi e.a. t. Italië*, Jur. 1991, I-5357.

94. A. ARNULL, *European Law Review*, o.c., p. 53.

95. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *European Law Review*, o.c., p. 94.

economische mededinging hier niet in voorziet.<sup>96</sup> In *DEB* oordeelde het Hof dat artikel 47 van het Handvest niet uitsluit dat rechtspersonen een beroep doen op rechtsbijstand en dat de nationale rechter hierin moet voorzien indien het weerhouden van rechtsbijstand, zoals in *casu* voorgeschreven door de Duitse wetgeving, zou inhouden dat het recht op toegang tot een rechter in zijn kern zou aangetast worden of disproportioneel zou zijn.<sup>97</sup> Verder kan hier ook het *Boxus*-arrest vermeld worden waarin de Raad van State een aantal prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie.<sup>98</sup> In *casu* had het Parlement van het Waals Gewest bepaalde afgeleverde bouwvergunningen gevalideerd per wetgevende handeling, terwijl voor de Raad een aantal procedures gericht tegen de vergunningen hangende waren. De vraag rees hoe een en ander zat onder de milieu-effectenrichtlijn die voorschrijft dat een rechtsgang moet openstaan tegen afgeleverde vergunningen voor particulieren die een voldoende belang kunnen aantonen. Het Hof oordeelde dat de nationale rechter "overeenkomstig de nationale procedureregels moet kunnen toetsen of de wetgevingshandeling voldoet aan de [...] genoemde voorwaarden [...] van de richtlijn".<sup>99</sup> Het probleem in *casu* was dan dat de Raad van State onder de nationale procedureregels niet de bevoegdheid heeft om de wetgevende handeling te toetsen, terwijl het Grondwettelijk Hof niet de bevoegdheid heeft om wetgeving rechtsreeks aan het EU-recht te toetsen. Het Hof vervolgde: "Ingeval tegen een dergelijke handeling geen beroep van de hiervóór aangegeven aard en strekking mogelijk is, dient elke op grond van haar bevoegdheid aangezochte nationale rechterlijke instantie de in het vorige punt beschreven toetsing te verrichten en in voorkomend geval daar als gevolg aan te verbinden dat die wetgevingshandeling buiten toepassing wordt gelaten".<sup>100</sup>

**37.** De Advocaat-Generaal voor het Hof stelde het concreter: "In wezen lijkt het [...] dat de Raad van State niet bevoegd is wetgevende handelingen [...] te toetsen, terwijl het Grondwettelijk Hof die bevoegdheid wel heeft, maar niet noodzakelijkerwijs bevoegd is om die handeling aan [...] de MEB-richtlijn te toetsen, doch weer wel waar het de verenigbaarheid met grondwettelijke normen of beginselen betreft. Indien dat het geval is, of in het geval van een vergelijkbare situatie, is er dan sprake van een leemte in de bevoegdheid die onverenigbaar is met [de richtlijn]?"<sup>101</sup> De Advocaat-

Generaal oordeelde dat bij het ontbreken van zo een bevoegdheid voor het Grondwettelijk Hof er inderdaad zo een leemte ontstaat en in dat geval "zou de Raad van State die vraag moeten kunnen onderzoeken en, in voorkomend geval, het decreet [...] buiten beschouwing laten om uitspraak te doen over de materiële of procedurele rechtmatigheid van de bestuurlijke vergunningen zelf".<sup>102</sup>

**38.** De zaak is nog hangende voor de Raad van State aangezien de Raad ook een aantal prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Grondwettelijk Hof, dat op zijn beurt prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Europese Hof, vele overlappend met de vragen in *Boxus*.<sup>103</sup> Het Grondwettelijk Hof heeft intussen uitspraak gedaan.<sup>104</sup> In zijn arrest erkent het dat het in beginsel niet bevoegd is om de parlementaire procedure te controleren aan het eind waarvan een wetgevingshandeling wordt aangenomen, maar (verwijzend naar het *Solvay*-arrest van het Hof van Justitie) dat het wel moet rekening houden, "zowel met de inhoud van de wetgevingshandeling als met de volledige wetgevingsprocedure die tot de vaststelling ervan heeft geleid, in het bijzonder met de voorbereidende handelingen en de parlementaire debatten".<sup>105</sup> Deze controle houdt een "voorafgaand onderzoek, opgelegd bij het recht van de Europese Unie, van de kwalificatie van de bestreden wetgevingshandeling"<sup>106</sup> in, aldus het Grondwettelijk Hof.

**39.** VAN CLEYNENBREUGEL wijst erop dat deze nieuwe rechtspraak van het Hof, indien hiervoor geen voldoende grondwettelijke basis kan aangeduid worden, de legitimiteit van het Hof kan ondermijnen<sup>107</sup>, gelet op het subsidiariteitsbeginsel. Hoewel VAN CLEYNENBREUGEL deze rechtspraak van het Hof onderbouwt met argumenten die refereren aan het Handvest en het beginsel van loyale samenwerking<sup>108</sup>, lijkt de wetgevende weg om evidente redenen toch nog steeds de meest aangewezen om in te grijpen in het nationale procesrecht, zoals het Hof ook zelf destijds suggereerde in *Rewe*.

96. Zaak C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW*, Jur. 2010, I-12471.

97. Zaak C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH t. Bundesrepublik Deutschland*, Jur. 2010, I-13849.

98. RvS 27 maart 2009, nr. 191.950 en Gevoegde Zaken C-128/09 tot C-131/09, C-134/09 & C-135/09, *Antoine Boxus e.a. t. Région Wallone*, Jur. 2011, n.n.g.

99. *Ibid.*, ro. 54.

100. *Ibid.*, ro. 55.

101. Opinie van Advocaat Generaal Sharpston in Gevoegde Zaken C-128/09 tot C-131/09, C-134/09 & C-135/09, *Antoine Boxus e.a. t. Région Wallone*, Jur. 2011, n.n.g., ro. 97.

102. *Ibid.*, ro. 101.

103. Zaak C-182/10, *Marie-Noëlle Solvay e.a. t. Région wallonne*, Jur. 2012, n.n.g.

104. GwH 22 november 2012, nr. 144/2012.

105. *Solvay e.a.*, ro. 41.

106. GwH 22 november 2012, nr. 144/2012, B.13.

107. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *European Law Review*, o.c., p. 94-95.

108. *Ibid.*, 95-98.

## V. Naar een Europese algemene wet bestuursrecht?

40. De Vos merkt terecht op dat de discussie met betrekking tot de invloed van het Europese recht op het nationale bestuursrecht al veel langer gevoerd wordt in een aantal van onze buurlanden<sup>109</sup>, hoewel deze invloed ook meer en meer in België (h)erkend wordt.<sup>110</sup> De hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie maakt deel uit van wat Jans 'harmonisation through the back door'<sup>111</sup> heeft genoemd: het Hof trekt in zijn rechtspraak een aantal grenzen en legt minimumstandaarden op van waaruit een harmoniserend effect optreedt.<sup>112</sup>

41. Het debat omtrent een algemene wet voor het Europese bestuursrecht of een *European Administrative Procedure Act* is niet nieuw, maar de introductie van artikel 298 VWEU door het Verdrag van Lissabon heeft het een nieuwe impuls gegeven.<sup>113</sup> De voordelen van een codificatie in het secundaire recht van de beginselen en procedures in het Europees administratieve recht wegen daarbij sterk op tegen de nadelen. NIETO en MARTÍN vermelden o.a. een grotere rechtszekerheid en transparantie, maar ook de onmogelijkheid om een scheidslijn te trekken tussen directe en indirecte administratie en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.<sup>114</sup> Wat betreft dat laatste kan specifiek nog gewezen worden op de positie van rechtsonderhorigen in de nieuwe lidstaten van 2004 en 2007. Het nationale bestuursrecht in de EU is na 2004 dus nog pluralistischer geworden<sup>115</sup>, waarbij de voorgestelde harmonisatie er toe zou bijdragen dat bepaalde minimumstandaarden gerespecteerd worden in alle lidstaten.

42. Artikel 298 VWEU, de voorgestelde rechtsbasis voor een algemene bestuurswet, luidt als volgt:

- 1) *Bij de vervulling van hun taken steunen de instellingen, organen en instanties van de Unie op een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat.*
- 2) *Met inachtneming van het statuut en de regeling vastgesteld op grond van artikel 336 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen de bepalingen daartoe vast.*

43. De verwijzing naar het Europese 'ambtenarenapparaat' in de Nederlandstalige versie van het Verdrag is daarbij enigszins misleidend. Andere taalversies maken gewag van een *europäische Verwaltung*, een *administration européenne*, een *European administration* of een *amministrazione europea*. Artikel 298 VWEU refereert dus niet zozeer aan het geheel aan Europese functionarissen, maar wel aan 'het bestuur', zijn structuur en functioneren in brede zin. DUIJKERSLOOT en WIDDERSHOVEN merkten daarbij reeds bij de ontwerpversie van de grondwet op dat artikel 298 VWEU een constitutionele basis biedt "voor het vaststellen van Europese algemene regels van bestuursrecht [die] niet alleen van toepassing zijn op de uitvoering van Europees recht door de Europese administratie, maar ook op de uitvoering door organen van lidstaten".<sup>116</sup> Volgens de Working Group on EU Administrative Law (cf. *infra*) is er echter een brede academische consensus als zouden zulke regels niet van toepassing kunnen zijn op de indirecte administratie van het Europese recht.<sup>117</sup> Deze positie, geïnspireerd door de beginselen van subsidiariteit, attributie van bevoegdheden en proportionaliteit, lijkt mij echter moeilijk houdbaar indien zulke algemene regels neergelegd in secundair recht de harmoniserende rechtspraak van het Hof codificeren, tenzij men de stelling inneemt dat het Hof zelf reeds *ultra vires* heeft gehandeld. In dat opzicht kan men de rechtspraak van het Hof ook niet duidelijker samenvatten dan Advocaat-Generaal La Pergola deed in *Hayes*: "[w]anneer een gemeenschapsonderdaan de bevoegde nationale rechter verzoekt, een vordering toe te wijzen die verband houdt met de uitoefening van een hem door het Verdrag verleend recht, is de indiening van de burgerlijke rechtsvordering onafscheidelijk verbonden met de in het gemeenschapsrecht neergelegde vrijheid zelf. Het procesrecht van de Lid-Staten, dat de indiening van dergelijke vorderingen regelt, komt binnen de gemeenschapssfeer te vallen, omdat het een instrument ter verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag wordt".<sup>118</sup> Het nationale procesrecht omschreven als een instrument van het Europese recht veronderstelt inderdaad dat het Europese niveau zeggenschap en bevoegdheid heeft over de modaliteiten van dat instrument.

44. Verder zou een pure codificatie (en niets meer) uiteraard een theoretische oefening zijn, maar dan nog

109. N. DE VOS, "Impact van Europees recht op behoorlijk nationaal overheidsoptreden", (2007) *Nieuw Juridisch Weekblad* 107, p. 791.

110. M. VAN DAMME, "Bestuursrechtelijke uitdagingen voor de toekomst", (2011) 2011-12 *Rechtskundig Weekblad* 1, p. 36-37.

111. J. JANS, "Harmonization of National Procedural Law via the Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in *Janecek* in a Comparative Context" in BULTERMAN, HANCHER, MCDONNELL en SEVENSTER (eds.), *Views of European Law from the Mountain Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2009, 267-275.

112. J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, o.c., 57-59.

113. E. N. GARRIDO en I. M. DELGADO, *European administrative law in the Constitutional Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 108.

114. *Ibid.*, 115-117.

115. J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, o.c., 370.

116. A. DUIJKERSLOOT en R. WIDDERSHOVEN, "Kroniek Europees bestuursrecht", (2003) *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 10, p. 351. Zie ook in die zin E. N. GARRIDO en I. M. DELGADO, *European administrative law in the Constitutional Treaty*, o.c., 130-131.

117. Zie de geciteerde rechtsleer in Working Group on EU Administrative Law, "State of Play and Future Prospects for EU Administrative Law", (2011) *Working Document to be submitted to the Committee on Legal Affairs*, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/juri/dv/juri\\_wdadministrativelaw\\_juri\\_wdadministrativelaw\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/juri_wdadministrativelaw_juri_wdadministrativelaw_en.pdf), 8.

118. *Opinie van Advocaat Generaal La Pergola in Zaak C-323/95, David Charles Hayes & Jeannette Karen Hayes t. Kronenberger GmbH*, *Jur.* 1997, I-1711, ro. 8.



moet opgemerkt dat de scheidslijn directe vs. indirecte administratie onduidelijk is en ook enkel van toepassing op het bestuurlijke eindresultaat en niet op het eigenlijke bestuurlijk proces,<sup>119</sup> gelet op de alsmat intenser wordende samenwerking tussen nationale en EU-actoren in de uitvoering van het EU-recht. In die zin houdt het weinig steek om een algemene bestuurswet op Europees niveau aan te nemen, die enkel zou gelden voor die delen van één *samengestelde procedure*<sup>120</sup> die uitgevoerd worden door de Europese actoren, maar niet meer van toepassing is op die delen van dezelfde procedure die onder de verantwoordelijkheid van nationale actoren vallen. De Working Group on EU Administrative Law pleit er dan wel voor om een toekomstige codificatie te beperken tot "*direct execution of Union law by the Union administration, understood to be the administration of the institutions, bodies, agencies and offices of the Union*"<sup>121</sup>, maar gaat daardoor voorbij aan het feit dat de directe administratie enkel van toepassing is indien de Commissie of de Raad optreden onder artikel 291 VWEU. Bestuur door *bodies, agencies and offices* van de Unie bevindt zich nu juist in een schemerzone tussen directe en indirecte administratie.

45. De Working Group werd door de Parlementscommissie juridische zaken opgericht om verslag uit te brengen, met het oog op de aannahme door het Parlement een rapport in januari 2013.<sup>122</sup> In dit rapport zal het Parlement de Commissie aanbevelen om een voorstel voor een "*Law of Administrative Procedure*" uit te werken op grond van artikel 298 VWEU. Het Parlement zal daarbij vermoedelijk de positie van de werkgroep overnemen waarbij de verordening enkel van toepassing zou zijn op instanties van directe administratie, hoewel het optreden van agentschappen hier ook onder geschaard wordt. Dat er met het fenomeen van de agentschappen niet veel rekening is gehouden blijkt overigens ook uit aanbeveling 4.7 die voorschrijft dat het besluit van de administratie moet opgesteld zijn in de taal gekozen door de geadresseerde van de handeling in kwestie, gegeven dat deze taal een van de officiële EU-talen is. Een van de interessante juridische kwesties aan het fenomeen van agentificatie in de EU is juist dat deze organen, door een beperkte

omvang ook slechts een beperkt aantal werktalen hanteren.<sup>123</sup> Een verplichting introduceren waarbij agent-schappen hun besluiten in alle officiële talen zouden moeten opmaken, naargelang de wens van de geadresseerde van de handeling, zou de efficiëntie van hun optreden sterk ondermijnen.

46. Wat wel als positief aan te merken valt, is de positie van de Rapporteur van de Parlementaire Commissie Juridische Zaken dat de algemene beginselen in zo een verordening "*als gezamenlijk geheel als de minimis regels [moeten] fungeren daar waar geen lex specialis bestaat, en mogen de in sectorale instrumenten geboden waarborgen in geen geval minder bescherming bieden dan de in de verordening geboden waarborgen*".<sup>124</sup>

47. Het werk van de academici in de Working Group kan overigens verder als inspiratie dienen voor een initiatief als het *Common Frame of Reference* in het verbintenissenrecht<sup>125</sup>, zoals door Jans gesuggereerd om tot harmonisatie van het nationaal procesrecht over te gaan.<sup>126</sup> Een andere weg die Jans voorstelt is deze van de *opencoördinatiemethode* (OMC). Jans geeft evenwel zelf aan dat de OMC toegepast wordt binnen gebieden waar de EU geen of beperkte wetgevingsbevoegdheden heeft.<sup>127</sup> Ervan uitgaande dat de EU *in casu* wel wetgevingsbevoegdheid heeft is er minder reden om toevlucht te zoeken tot de problematische OMC.<sup>128</sup> Een minimumharmonisatie gekoppeld aan een verder doorgezette rechterlijke dialoog klinkt dan veelbelovender.

48. Idealiter mondt het initiatief van het Parlement inderdaad uit in een verordening. Zoals het er nu uitziet zou deze echter geschreven worden met de traditionele dichotomie van direct en indirecte administratie als premisse. Dit valt, omwille van de redenen hierboven uitgezet, te betreuren. Het zou aangewezen zijn het toepassingsgebied van zo een verordening uit te breiden tot de uitvoering van het Europese recht door nationale autoriteiten en in het licht van de uitzetting hierboven, speciale aandacht te hebben voor de tendens van verzelfstandiging. Zonder een kader voor verzelfstandiging in een nationale context op te

119. In die zin H. HOFMANN, G. ROWE en A. TÜRK, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 14.

120. Naar het Engelse *composite procedure*, door Hofmann omschreven als "the composite nature of the procedure always consists of some form of cooperation vertically between Member States and EU authorities and/or horizontally between different Member States". Zie H. HOFMANN, "Decisionmaking in EU Administrative Law – The Problem of Composite Procedures", (2009) 61 *Administrative Law Review Special Issue*, p. 205.

121. Working Group on EU Administrative Law, o.c., 8.

122. Op het moment van schrijven werden 14 en 15 januari 2013 als indicatieve data voor de bespreking van het dossier in plenaire sessie voorgesteld.

123. R. VAN OOI, "The growing importance of agencies in the EU: shifting governance and the institutional balance" in DEIRDRE en WESSEL (eds.), *Good governance and the European Union: reflections on concepts, institutions and substance*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 137-139. Met betrekking tot de taalregeling gehanteerd door het Bureau voor Harmonisatie in de Interne Markt zie H. SPEYART, "Kik in cassatie", (2004) 10 *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 6, p. 165-168.

124. Ontwerpverslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie voorbereid door Luigi Berlinguer, PE492.584, 11.

125. Dit werk mondde uit in het Voorstel van de Commissie voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM (2011) 635 def. Het voorstel vormt nu nog het voorwerp van onderhandelingen tussen het Parlement en de Raad.

126. J. JANS, "Naar een Europees awb(?)" in BARKHUYSEN, DEN OUDEN en POLAK (eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag, Boom Juridische uitgeverij, 2010, 621-624.

127. *Ibid.*, 626.

128. De effectiviteit van deze methode staat zwaar ter discussie hoewel ook het onderzoek dat de effectiviteit van de OMC negatief beoordeelt zelf het onderwerp van kritiek is, zie J. ZEITLIN, "The Open Method of Coordination and reform of national social and employment policies: influences, mechanisms, effects" in HEIDENREICH en ZEITLIN (eds.), *Changing European employment and welfare regimes: the influence of the open method of coordination on national reforms*, New York, Routledge, 2009, 214-245.



leggen, zou de verordening wel o.a. bepalingen kunnen bevatten m.b.t. de rechterlijke bescherming die gewaarborgd moet worden tegen het optreden van verzelfstandigde entiteiten, de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Europese autoriteiten evenals m.b.t. het optreden van de Europese agentschappen zelf.<sup>129</sup> Op die manier zou het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld niet louter moeten verwijzen naar verplichtingen onder het Europese recht, zoals in zaak 2010/130 (cf. *supra*), maar zou het tegelijkertijd ook kunnen wijzen op de aandacht die de Europese wetgever heeft besteed aan de waarborgen die moeten verzekerd blijven na verzelfstandiging, duidend op de constitutionele verankering van deze vorm van overheidsoptreden in de gedeelde en geïntegreerde Europese rechtsorde.

49. Ervan uitgaande dat een toekomstige verordening echter inderdaad een beperkt toepassingsgebied zou hebben, betekent dit nog geen reden tot wanhoop. Het indirecte harmoniserende effect dat van zo een verordening zou uitgaan zou immers niet enkel als troostprijs, maar misschien ook als opstap naar ambitieuzere wetgeving en harmonisatie in de toekomst kunnen dienen.<sup>130</sup>

## VI. Conclusie

50. In deze bijdrage werd de aandacht gevestigd op het fenomeen van verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsorde, dat in beide rechtsordes gepromoot wordt door de Europese wetgever, zij het wat betreft de nationale rechtsorde op beperktere domeinen. Door de traditionele Europese terughoudendheid ten aanzien van de autonomie van het nationale procesrecht (en de nationale autonomie om de eigen staatsstructuur in te richten in het algemeen) zijn de modaliteiten die de Europese wetgever aan de lidstaten oplegt op dit vlak echter beperkt. Het EU-recht vereist bijgevolg geen stabiele inbedding van verzelfstandigde entiteiten in de nationale rechtsorde. Tegelijkertijd valt ook op hoe de verzelfstandigde Europese agentschappen zo een inbedding in de Europese rechtsorde ontberen. De doorgedreven dubbele verzelfstandiging in de financiële, energie- en telecomsectoren resulteert nu in de creatie van onafhankelijke regulatoren en toezichthouders die samenwerken in

Europees geconstrueerde netwerken en die behept zijn met zowel individuele beschikkingsbevoegdheid als verordenende bevoegdheden.

51. Daar waar de Europese agentschappen zelf niet kunnen gekenmerkt worden als een *headless fourth branch of government*, lijkt dit wel het geval wanneer de hierboven beschreven gedeelde administratie volledig in beeld wordt gebracht. De figuur van gedeelde administratie past moeilijk in de traditionele dichotomie tussen directe en indirecte administratie, die door het Verdrag van Lissabon formeel nog versterkt werd. Het gebrek aan constitutionele basis betekent echter niet dat de noodzaak aan een constitutionele verankering van het fenomeen van de dubbele verzelfstandiging onbestaande is. De gedeelde administratie in het algemeen behelst immers een aantal uitdagingen en de dubbele verzelfstandiging, die recent in een hogere versnelling is geschakeld, zet deze op scherp.

52. De constitutionele verankering waarvan de noodzaak werd bepleit kan gedeeltelijk bewerkstelligd worden door de aanneming van een Europese variant op een algemene wet bestuursrecht zoals deze in de meeste EU-lidstaten reeds bestaat. De academische discussie over zo een *European Administrative Procedure Act* gaat al lange tijd mee, maar recent heeft het Europees Parlement de Commissie ook formeel verzocht hiertoe voorstellen te doen onder de rechtsbasis van artikel 298 VWEU, geïntroduceerd door het Verdrag van Lissabon. In zijn verzoek zal het Parlement het toepassingsgebied vermoedelijk echter beperken tot de organen onder Europees publiek recht. Een meer ambitieuze positie zou inderdaad op grote tegenkanting van de lidstaten botsen, maar dit neemt niet weg dat een *European Administrative Procedure Act* die van toepassing is op zowel de directe als indirecte administratie (en alles ertussen) aangewezen blijft. Een minimumharmonisatie via wetgevende weg heeft daarbij een grotere zichtbaarheid en legitimiteit dan de huidige praktijk van harmonisatie via de rechtspraak van het Hof. De beperking van het toepassingsgebied van de *European Administrative Procedure Act* tot de directe administratie verhindert overigens ook niet dat de rechtspraak van het Hof verdere harmoniserende effecten heeft op de indirecte administratie door de lidstaten.

129. Dit laatste zou sowieso deel uitmaken van zo een verordening door de brede definitie van 'directe administratie', maar het zou aangewezen blijven sowieso ook specifieke aandacht te hebben voor de Europese agentschappen, gelet op hun wankel constitutionele basis.

130. Voor dit laatste, zie ook in die zin E. SCHMIDT-ABMANN, *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung: Aufsätze 1975 – 2005*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 465.